

“ACIMA DA LEI”

Gueverson Farias

Juiz Federal, Mestrando em Direito Público na UFRGS

SUMÁRIO: I. Introdução. Impunidade e a política brasileira. II. Fatores determinantes da impunidade. II.a) Foro Privilegiado. II.b) Excesso de Recursos. IV. Deveres de proteção, proibição de insuficiência e direito penal. V. Conclusões. Bibliografia.

I. INTRODUÇÃO

No Brasil há uma sensação disseminada de que os políticos estão acima da lei. Essa percepção, definitivamente, não é infundada. O sistema que deveria controlar desvios é permeado por uma série de falhas, as quais lhe retiram praticamente toda eficácia. E a quase absoluta falta de resposta aos inúmeros casos de corrupção e outros crimes envolvendo detentores de altos cargos públicos só vem acentuando o descrédito da sociedade em relação a nossas instituições.

O problema da impunidade é certamente complexo. Embora diversos sejam os ângulos pelos quais a questão possa ser examinada¹, interessamos aqui principalmente o aspecto jurídico. O presente ensaio parte da conexão entre impunidade e política no Brasil, buscando identificar as causas do problema analisando diante de nosso quadro institucional [legislação e jurisprudência]. Sob essa perspectiva são ainda examinados temas conexos como os deveres de proteção do Estado e a proibição de proteção deficiente nas suas relações específicas com a impunidade. Busca-se, por fim, apontar possíveis soluções para o problema.

¹ Abordagens distintas, como a sociológica, histórica e política, são de grande valia no exame do tema em questão. Embora os limites deste ensaio e exigências de ordem metodológica tenham impedido que uma análise mais holística fosse aqui realizada de forma adequada, não foram excluídos conhecimentos e dados que apesar de não se enquadrarem como especificamente jurídicos pudessem representar, ainda que de forma indireta, uma contribuição ao resultado deste estudo. Observo, ainda, que para uma abordagem minimamente compreensiva do problema foi necessário transitar por temas de direito constitucional, processual penal e penal; no processo de análise foram também tangenciadas questões políticas, históricas e criminológicas.

Como ponto de partida para o presente estudo são propostas as seguintes questões²: a) Qual a conexão entre o quadro de deterioração da política brasileira e o problema da impunidade? c) Quais as causas da impunidade nos crimes cometidos pelos políticos? d) A impunidade significa a violação de algum dever por parte do Estado? e) É possível estabelecer conexões entre deveres de proteção, proibição de proteção deficiente e impunidade criminal? f) Pode haver expectativa jurídica de um mínimo de efetividade na aplicação da lei penal? g) É possível conciliar esse mínimo de efetividade com as garantias fundamentais no processo criminal? h) Quais as possíveis soluções para o problema?

Não se tem a pretensão de obter respostas definitivas para tais questionamentos³. Busca-se, porém, trazer o problema para o debate acadêmico, diante da constatação de que embora a impunidade seja há décadas um dos mais graves problemas na agenda nacional, paradoxalmente muito pouca a atenção lhe tem sido dedicada pela doutrina jurídica brasileira.⁴

² Sobre a primazia da pergunta na investigação científica, GADAMER, H. *Verdade e Método*, p. 473 e ss.

³ Não há respostas definitivas na ciência, sendo o conceito de falseabilidade [*Falsificatio-nismus*] dela indissociável. Todo conhecimento está sujeito a permanente possibilidade de refutação, havendo, sob esse aspecto, um projeto contínuo de evolução. Nas ciências humanas, onde diferentes visões de mundo muitas vezes tornam por vezes impossível a existência de consensos, tal perspectiva é ainda mais pertinente. A propósito do conceito de falseabilidade, v. POPPER, K. *A Lógica da Pesquisa Científica*, p. 82 e ss.

⁴ Embora seja difícil determinar os motivos para a escassez de obras relacionadas ao tema, a crítica feita por HASSEMER ao conhecimento jurídico excessivamente dogmático e abstrato, no qual os temas diretamente relacionados à realidade são invariavelmente relegados a um segundo plano – muitas vezes nunca visitado – parece em certa medida adequada ao nosso cenário: “No entanto, uma passagem pelo setor de Direito Penal das Bibliotecas jurídicas, uma visão geral no programa de formação da Universidade e do serviço de preparação de candidatos, no conhecimento em massa questionado nos exames jurídicos, no significado do campo científico do Direito Penal, alertam para uma reforma imediata: as *bibliotecas* acumulam uma parte decisivamente completa de conhecimento sobre normas jurídico-penais e não sobre a realidade jurídico-penal” (HASSEMER, W., em *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*, p. 51). Também crítico em relação à excessiva abstração da doutrina penal, com ênfase na falta de atenção às suas consequências práticas, ROXIN: “Permanece, porém, um certo desconforto, que sempre se intensifica quando se pergunta se o minucioso trabalho sistemático de nossa dogmática, feito através de sutilíssimas precisões conceituais, não se caracterizaria por uma desproporção entre os esforços investidos pelos estudiosos e suas consequências práticas” (em *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, p. 6).

2 IMPUNIDADE E A POLÍTICA BRASILEIRA

Pode-se dizer que hoje há um certo consenso quanto à inexistência de mecanismos institucionais eficazes para um adequado enfrentamento dos desvios cometidos pelos nossos representantes políticos. A impunidade tem sido uma marca do cenário político brasileiro. As chances de punição de abusos cometidos pelos ocupantes dos altos cargos da República, mesmo quando configurem ilícitos penais, são mínimas, para não dizer nulas. Por que isso ocorre? Quais os motivos para que eles se encontrem virtualmente imunes à possibilidade de responsabilização pelos seus desvios?

A resposta está diretamente relacionada à fragilidade de controle institucional e à inexistência do dever de prestarem contas de suas ações (lícitas ou ilícitas).⁵

O dever de prestar contas, inerente a toda autoridade pública, possui, no caso dos políticos, aspecto duplo⁶: a) político-eleitoral, relacionado às consequências que as ações (assim como as omissões) dos políticos deveriam ter sobre a opinião pública e sobre o voto dos eleitores⁷; b) ju-

⁵ O tema examinado remete, sob certos aspectos, ao conceito de *accountability*, como tal compreendida a possibilidade de exigir dos governantes que seus atos sejam realizados de forma transparente, de lhes cobrar as devidas justificativas pelas suas ações e de puni-los pelo mau exercício do poder. Para mais a respeito, v. SCHEDLER, A. *The Self Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, p. 13 e ss.

⁶ Também relevantes nesse controle são os Tribunais de Contas e a imprensa. O papel dos Tribunais de Contas pode ser compreendido dentro do contexto de controle jurídico, muito embora o fato de tais órgãos integrarem o próprio Legislativo e seus membros em geral serem oriundos desse mesmo Poder parece não ter contribuído muito para a efetividade do seu controle no que diz respeito aos orçamentos parlamentares. Por outro lado, embora decisivo, o papel da imprensa projeta-se principalmente sobre a formação da opinião pública, analisada aqui em sua conexão com o aspecto eleitoral; v. nota a seguir.

⁷ Para análise estrutural e evolução do conceito de opinião pública, a ampliação de sua importância política com a universalização do eleitorado e os problemas relacionados à sua manipulação pelos detentores do poder econômico e político, v. HABERMAS, J., *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Ed. Tempo Brasileiro, 2003. De particular interesse também LOWENSTEIN, K., *Political Power and the Governmental Process*, p. 15, o qual destaca a íntima conexão entre opinião pública e eleitorado e sua consequente influência sobre a dinâmica do poder político: “*Now that the mass of the power addressees actively participate as the electorate in the political process, the formation of public opinion, reflecting as well as molding the electorate, has become the most important aspect of the power dynamism of the modern pluralistic society.*”

ridículo, relacionado à possibilidade de responderem civil ou criminalmente, conforme o caso, por eventuais abusos praticados no exercício do cargo.

O controle das urnas não tem se revelado muito eficiente em nosso país. Independente de desvios ou abusos no exercício do cargo, determinados políticos tem contado com eleitorados fieis capazes de garantir sua manutenção no poder. Os chamados “currais eleitorais” deixaram de constituir privilégio de Estados do Norte e Nordeste, não sendo preciso grande esforço para identificar exemplos dessa triste realidade, mesmo em nosso Estado, outrora orgulhoso de ser o “mais politizado do país”. Obras e dotações orçamentárias de interesse local, programas assistencialistas, concessões de benesses individuais e a possibilidade de contar com o baixo grau de instrução de significativa parcela do eleitorado explicam, em grandes linhas, essa distorção da política nacional. A dissociação entre a atuação parlamentar e a vontade popular é a consequência direta disso. Sem precisar prestar contas ao público – ao menos sob a forma de ações que atendam ao interesse geral – muitos políticos se sentem livres para agirem exclusivamente de acordo com o próprio interesse. A clássica ideia de representação popular através do Parlamento torna-se, nessas circunstâncias, quase um mito, terminando por prevalecer, de modo exclusivo, a lógica de manutenção no poder própria do sistema político.^{8 9 10}

⁸ O Parlamento surge na era moderna como forma de contrabalançar o poder até então incontestável do rei. A Inglaterra foi pioneira nessa evolução, sendo o único país em que a representação popular teria se tornado um poder autônomo ainda no século XVII. LOWENSTEIN, K., op. cit., p. 40.

⁹ A respeito dos limites e da realidade da representação democrática nas sociedades modernas, v. BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia*, p. 38 e ss.

¹⁰ Apesar das diversas possíveis críticas à teoria dos sistemas, inegável sua contribuição no que diz respeito à análise da dinâmica social sob uma perspectiva funcional. Curioso é o fato de o sistema político brasileiro se assemelhar cada vez mais à ideia luhmanniana de um sistema que tem a si mesmo como único referencial, imune a interferências externas [da opinião pública, nesse caso] e que se desenvolve dentro de uma lógica própria [do poder]: “Social systems are undoubtedly self-referential objects. One can observe and describe them as systems only if one takes into account that they refer to themselves in every operation” (LUHMANN, N. *Social Systems*, p. 437). Para a análise da sociedade como um todo e mais especificamente do direito, mais adequada, porém, é a abordagem dualista de HABERMAS, onde se associa a uma análise funcionalista dos mecanismos e processos sociais na qual os diferentes sistemas interagem entre si a perspectiva dos participantes, de busca de entendimento mútuo através da ação comunicativa (*Between Facts and Norms*, MIT Press, 1998, p. 56).

Também sob o aspecto jurídico nossos políticos podem contar com escasso controle. Isso se verifica especialmente no que tange à possibilidade de responsabilização por fatos de natureza criminal. Diversos fatores contribuem para isso, dentre os quais o maior destaque está no foro privilegiado e no excesso de recursos processuais. Tais questões serão adiante objeto de exame mais detalhado. Cabe, porém, observar desde já que somente em poucas e muito recentes decisões Supremo Tribunal Federal chegou a julgar e a condenar políticos com prerrogativa de foro junto a essa Corte. Levantamento realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB apurou que entre 1988 e 2006 tramitaram no STF 130 processos envolvendo pessoas com foro privilegiado: desses apenas 6 foram concluídos (todos com a absolvição dos réus) e 13 prescreveram.¹¹ Embora a existência de um processo criminal não implique necessariamente condenação, nesse caso os números falam por si só, ainda mais quando considerada a frequência com que são revelados fatos criminosos envolvendo detentores de cargos públicos com prerrogativa de foro junto àquela Corte.¹²

Por fim, cabe referir que até mesmo a possibilidade de responsabilização dessas autoridades por improbidade administrativa foi sensivelmente restringida a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal segundo a qual os agentes políticos não respondem pelos atos previstos na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), sujeitando-se exclusivamente ao regime especial previsto na Lei nº 1.079/50 (Leis dos Crimes de Responsabilidade), em ação que somente poderia ser proposta perante o foro privilegiado competente.¹³ Como as hipóteses

¹¹ O estudo completo, cujo título é “Juizes contra a Corrupção”, pode ser acessado por meio do *link* http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/estudo_corruptao.pdf

¹² De acordo com levantamento divulgado em 03.06.2009 pelo *site* “Congresso em Foco”, 150 parlamentares respondem a inquéritos e ações penais no STF, o que corresponde a aproximadamente 1/3 dos membros do Congresso Nacional. Dados completos, incluindo a lista dos envolvidos, estão disponíveis no *link* http://congressoemfoco.ig.com.br/noticia.asp?cod_canal=21&cod_publicacao=28421

¹³ STF, Plenário, Recl 2138/DF, j. em 13.06.2007, Rel. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes. Restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

de responsabilização previstas nesta última lei são bem mais restritas do que aquelas previstas na Lei de Improbidade¹⁴, e considerando que o tratamento como crime de responsabilidade exige a aplicação do princípio da legalidade estrita, muitos atos que em tese caracterizariam improbidade administrativa ficarão em uma espécie de limbo jurídico, no qual inviável qualquer espécie de responsabilização. Ainda de acordo com tal entendimento, o agente político deixaria de responder pelo crime de responsabilidade após deixar o cargo que gerou as acusações.¹⁵

A partir dessa breve análise parece fácil compreender por que tanto a ação quanto até mesmo hoje o discurso de nossos políticos estão tão distantes das expectativas da sociedade brasileira; mais que isso, torna-se compreensível a sucessão de escândalos de corrupção e desvios de recursos públicos a que, infelizmente, já nos habituamos a assistir. Interessa-nos aqui o aspecto jurídico do problema, mais especificamente o da impunidade na seara penal. Cabe examinar as causas desse fenômeno.¹⁶

¹⁴ Comparar, a propósito, o art. 9º da Lei dos Crimes de Responsabilidade com os arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade.

¹⁵ Tal entendimento foi aplicado em decisões posteriores do STF, como em julgamento sobre ação de improbidade na qual o réu era o próprio Ministro relator do acórdão paradigma. Após firmar sua competência, o STF decidiu arquivar o processo, em virtude de o Ministro não mais exercer o cargo de Advogado-Geral da União, que ocupava à época dos fatos que geraram as acusações (Pet-3211 QO/DF, j. em 13.03.2008).

¹⁶ O problema pode ser também parcialmente creditado, sob ambos aspectos, ao fato de a experiência democrática ser algo recente em nosso país. Temos menos de 40 anos de história democrática, considerando como tal um regime no qual os governantes são escolhidos através de eleições livres e justas, com voto aberto a parcela significativa da população, onde Legislativo e Judiciário possam atuar de forma independente e, por fim, mas não menos importante, onde haja liberdade de imprensa. Afora os 20 anos desde a promulgação da Constituição de 1988, apenas no período entre 1946 e 1964 pode-se dizer que o país viveu sob semelhantes condições. Nossa história está inserida no contexto mais amplo, latino-americano: do México à Argentina os últimos duzentos anos foram marcados por domínio oligárquico, caudilhismo, golpes militares, instabilidade e precariedade institucionais. Para uma análise compreensiva da política latino-americana, v. SMITH, P. *Democracy in Latin America*, Oxford, 2005.

III. FATORES DETERMINANTES DA IMPUNIDADE

Não obstante diversos fatores contribuam em certa medida para a impunidade, no caso específico de nossos representantes eleitos parecem ser decisivos o foro privilegiado e o excesso de recursos.

III. a) Foro Privilegiado

A denominada prerrogativa de foro, mais conhecida, aparentemente com razão, como foro privilegiado, merece lugar de destaque no quadro de causas da impunidade parlamentar.

Como já referido, estudo feito pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB revelou que dos 130 processos envolvendo pessoas com foro privilegiado que tramitaram no STF entre os anos de 1988 e 2006, apenas 6 foram concluídos, e todos resultaram em absolvições.¹⁷ Levantamento mais recente, feito pelo próprio STF, aponta que houve uma significativa evolução no número de ações penais envolvendo acusados com foro privilegiado. De apenas 13 em 2002 [ano imediatamente seguinte à edição da Emenda Constitucional nº 35, a qual extinguiu a necessidade de prévia licença da respectiva Casa para instauração de processo contra parlamentar], o número evoluiu para 103 no início de 2009. Tramitam ainda 278 inquéritos, o que totaliza 378 processos envolvendo autoridades. Apesar da evolução no número de procedimentos abertos, verificou-se que no mesmo período apenas 11 processos foram julgados, tendo todos, igualmente, resultado em absolvições.¹⁸

Tais dados confirmam a percepção geral quanto à impunidade dos detentores de prerrogativa de foro junto a essa Corte, o que se torna ainda mais preocupante quando considerado que são especificamente as principais autoridades do país – Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Senadores e Deputados Federais, entre outros. Disso decorre um quadro indesejável, onde aqueles nas mãos de quem está a condução dos rumos do país estão virtualmente acima da lei.

¹⁷ http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/estudo_corrupcao.pdf

¹⁸ Dados divulgados na edição eletrônica da Folha de São Paulo de 28/02/2009, <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2802200914.htm>.

A ineficiência desse sistema se dá por vários motivos. O primeiro deles, de ordem estrutural, é que o STF possui sob seu encargo uma imensa carga de processos, tendo sido lá distribuídos, apenas no de 2008, 66.873 novas ações.¹⁹ Em meio a essa verdadeira montanha de processos encontram-se as discussões jurídicas mais relevantes do país, destacadamente aquelas de natureza constitucional. No seu papel de Corte Constitucional, o STF vem sendo cada vez mais protagonista em questões de grande relevância para o país. Desde questões tributárias de grande impacto econômico, passando por liberdade de imprensa até a definição de temas centrais da política brasileira, como a lei da ficha limpa, são inúmeros os exemplos de casos de grande relevância levados ao julgamento do STF nestes últimos anos. Porém é difícil que ao lado de suas atribuições de Corte Constitucional o STF possa dar simultaneamente a devida prioridade ao processamento de inquéritos e ações penais originárias. A isto se soma uma dificuldade adicional: o STF, assim como os tribunais em geral, não está estruturado para o processamento de ações penais, pois ordinariamente julga apenas recursos, ações constitucionais ou *habeas corpus*, processos que, de regra, não envolvem atos de instrução.²⁰

Outro aspecto relevante é que o universo de detentores de prerrogativa de foro junto ao STF é muito alto. São aproximadamente 700 as autoridades que têm como juiz natural o mais alto tribunal do país. Disso decorrem várias consequências, pois além da sobrecarga do próprio tribunal, concentra-se nas mãos de uma única autoridade, o Procurador Geral da República, a atribuição de titular da ação penal nos crimes cometidos por esse significativo número de pessoas. São evidentes as dificuldades para desempenhar essa tarefa, que pode ser qualificada no mínimo como hercúlea; por maior a competência e esforço do ocupante do cargo de

¹⁹ O número de processos distribuídos àquela Corte foi significativamente maior nos anos anteriores: 116.216 em 2007, 112.938 em 2008. A redução se deve principalmente à Repercussão Geral, instrumento que tem permitido a redução dos recursos repetitivos. Fonte: <http://www.stf.jus.br>

²⁰ No dia 21.08.09 foi sancionada a Lei nº 12.019, que permite a convocação de Juízes e Desembargadores para a realização de atos de instrução nas ações penais em trâmite no STF, o que, espera-se, venha a atenuar ao menos este aspecto do problema. Tal medida, porém, parece apenas um paliativo, e não a solução definitiva para o problema.

PGR, natural que grande número de fatos que poderiam ser investigados acabe caindo na denominada cifra negra criminal.²¹ Da mesma forma parecem grandes as dificuldades da Polícia Federal para investigar essas autoridades: os grandes escândalos da política nacional – de Collor ao Mensalão – originaram-se da revelação autônoma dos fatos, e não de investigações desse órgão.

O exemplo mais significativo dessas dificuldades é exatamente o caso do Mensalão (Ação Penal nº 470). Apesar dos esforços do Ministro Relator do processo a fim de imprimir celeridade ao feito, a adoção de medidas como o emprego de juízes auxiliares e a expedição de cartas de ordem a juízes de 1ª instância para oitiva de réus e testemunhas, em relação a um dos crimes (formação de quadrilha) a ação penal já se encontra próxima da prescrição, não havendo perspectiva de julgamento antes do ano que vem (2012). Considerando que a denúncia foi oferecida no dia 30/03/2006, o trâmite do processo levará assim no mínimo 6 anos apenas em sua fase judicial.

O foro privilegiado representa possivelmente o maior entrave à persecução penal nos crimes envolvendo detentores de altos cargos na República. Diante de tal quadro, não soam muito convincentes os argumentos que buscam justificar sua manutenção nos moldes atuais ou, pior ainda, a sua ampliação.²² Razões como a proteção de parlamentares

²¹ A cifra negra corresponde ao número de fatos criminosos que por razões diversas não chegam ao conhecimento dos órgãos de persecução penal ou para os quais não há punição. Embora pela própria natureza de tais cifras jamais vá se dispor de dados precisos sobre elas, tudo indica que, em regra, o número de fatos que entram na cifra negra seja muito superior ao daqueles que são objeto de investigação, processo e condenação. Para mais a respeito das cifras negras e dos mecanismos de seleção do aparelho de repressão penal, v. DIAS, J. F., *Criminologia*, p. 133 e 385 e ss.

²² Várias têm sido as recentes tentativas de ampliação do foro privilegiado. A Lei nº 10.628/02, publicada no apagar das luzes do Governo Fernando Henrique Cardoso e cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo STF na ADIn 2797-2, por exemplo, estendia o foro privilegiado a ex-autoridades, representando uma reação contra a revogação da Súmula 394 do STF. No mesmo sentido e após a declaração de inconstitucionalidade da referida lei, foi apresentada a Proposta de Emenda Constitucional nº 358/2005. Outro exemplo dessas iniciativas foi a recente Lei Complementar 99/2007, de Minas Gerais, que estendia tal prerrogativa a mais de 2000 autoridades daquele Estado. A lei, que havia sido vetada pelo Governador Aécio Neves, foi suspensa liminarmente pelo Plenário do STF (ADI 3946).

contra possíveis perseguições políticas, se na origem do instituto faziam algum sentido, são no mínimo discutíveis em um Estado de Direito onde instituições como Judiciário e Ministério Público possuem independência garantida constitucionalmente e pela própria forma de provimento dos cargos estão pouco suscetíveis a influências de natureza política, bem como onde as possibilidades de defesa processual são as mais amplas possíveis, conforme se verá a seguir. Interesses de ordem pessoal, como a manutenção de privilégios e principalmente a possibilidade de estar na prática imune à responsabilização criminal, parecem ser as reais motivações que atualmente sustentam esse instituto.

III. b) Excesso de Recursos

O problema do excesso de recursos provoca a lentidão de todo o sistema judiciário brasileiro. Os maiores entraves, porém, parecem ocorrer no processo penal. Mesmo nas ações penais originárias do STF, onde o processo tem trâmite em instância única, a multiplicidade de recursos contribui de modo decisivo para a demora na conclusão e para a consequente impunidade criminal.

A legislação processual penal brasileira é generosa na previsão de recursos. Desde recursos em sentido estrito e *habeas corpus* que tornam passível de reexame praticamente toda e qualquer decisão interlocutória, passando pela apelação e pelos não tão necessários embargos infringentes, agravos sobre agravos em tribunais, até recursos especial e extraordinário com efeito suspensivo, há toda uma ampla gama de possibilidades recursais à disposição dos acusados, capazes de protelar indefinidamente a conclusão do processo e os efeitos de uma eventual condenação.²³ A maior dificuldade para a efetividade do processo penal brasileiro parece, porém, o condicionamento da eficácia das decisões ao

²³ O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal em trâmite no Congresso pouco contribui para melhorar essa realidade: a única alteração em relação ao atual sistema é a redução da possibilidade de oferecimento dos embargos de declaração, uma vez por instância. A íntegra do anteprojeto está disponível no [link](http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/anteprojeto.pdf) <http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/anteprojeto.pdf>

trânsito em julgado, segundo interpretação dada ao princípio da presunção da inocência pelo STF.²⁴

Não obstante haja bons argumentos favoráveis a tal compreensão²⁵, a interpretação dada pelo STF torna o princípio da presunção de inocência de certo modo absoluto, na medida em que quaisquer princípios com ele colidentes deverão necessariamente ceder em seu favor. Tal interpretação parece não ponderar os outros princípios constitucionais em jogo, como o da efetividade da jurisdição penal e da reflexa proteção social garantida pelas normas penais. Especialmente diante do amplo sistema recursal existente no Brasil, condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado significa na prática tornar quase nulas as possibilidades de eficácia da jurisdição criminal, ao menos para aqueles que possuem condições para fazer uso das possibilidades oferecidas por esse sistema.²⁶

Neste ponto nosso país foi inovador, de uma forma particularmente infeliz. De acordo com a legislação federal americana, por exemplo, a regra é a de que o cumprimento de pena se dê a partir da condenação de 1ª instância.²⁷ No direito alemão, a regra é que a apelação suspenda

²⁴ STF, HC 84078, Rel. Min. Eros Grau, j. em 05/02/09, acórdão ainda não publicado. Foram vencidos os Min. Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Revertendo o entendimento consolidado no sentido da possibilidade de execução penal provisória, o STF recentemente decidiu, com base no princípio da presunção de inocência, pela impossibilidade de início do cumprimento da pena enquanto não esgotados todos os possíveis recursos contra a condenação. Incluem-se aí os recursos especial e extraordinário, que até então não possuíam como regra efeito suspensivo.

²⁵ Destacam-se aqueles relacionados tanto à literalidade do dispositivo constitucional, quanto à impossibilidade de reversão dos efeitos de uma pena que venha a ser reformada em sede recursal.

²⁶ JORGE FIGUEIREDO DIAS aponta a importância do poder dos potenciais investigados e acusados sobre os mecanismos de seleção criminal. Tal poder se projeta em diversificados graus sobre o sistema, chegando, em alguns casos, à capacidade de manipular a própria lei penal. Embora os parlamentares sejam aqueles que certamente dispõem das melhores condições para influir sobre a legislação – alterando-a ou mantendo-a ineficiente –, sob o ângulo ora analisado interessa particularmente o que o autor aponta como a capacidade de “resistência que a pessoa está em condições de oferecer ao próprio processo”, relacionada diretamente ao *status* pessoal e à capacidade econômica do acusado (*Criminologia*, pp. 387/388); v. supra, nota 27.

²⁷ US Code, Title 18, § 3143. Release or detention of a defendant pending sentence or appeal.

o cumprimento da pena²⁸, não, porém, o recurso constitucional.^{29 30} No direito italiano, o trânsito em julgado se dá com o esgotamento dos meios *ordinários* de impugnação³¹, o que não inclui a possibilidade o recurso constitucional ou a revisão criminal. É na realidade peculiar do sistema processual brasileiro o condicionamento da eficácia de decisões judiciais à confirmação por várias instâncias ou ao esgotamento de recursos. Se por um lado o benefício desse sistema é uma duvidosa segurança jurídica, seu custo é alto em termos de efetividade. Interessante observar a inexistência de paralelo desse modelo no direito comparado.^{32 33}

Da combinação de um sistema recursal amplo com uma interpretação que leva o princípio da presunção da inocência ao limite, resulta um quadro no qual não há qualquer expectativa de um mínimo de eficácia do sistema penal para aqueles réus que dispõem de condições, sobretudo materiais, de bem aproveitarem as potencialidades de defesa no processo.³⁴ Mesmo nas ações penais originárias, nas quais o trâmite se dá em

²⁸ StPO, § 343.

²⁹ A Lei do Tribunal Constitucional [BVerfGG] simplesmente não prevê tal efeito.

³⁰ Na Alemanha há ainda a possibilidade de prisão cautelar em razão da gravidade do crime, inexistente na lei brasileira; assim enquanto aqui a regra é que o réu permaneça até o final do processo em liberdade (exceto quando verificada alguma das hipóteses previstas no art. 312 do CPP), lá a regra é de que se o crime for grave ele já esteja preso quando apelar [StPO, § 112].

³¹ CPP, art. 648, 1.

³² Vemos com certa reserva o argumento de que os exemplos do direito comparado não podem servir de referencial ao nosso direito, pois os direitos e garantias hoje insculpidos em nossa Carta Constitucional foram em sua maioria, senão todos (a honrosa exceção seja possivelmente o mandado de segurança), importadas do direito estrangeiro.

³³ As origens do princípio da presunção de inocência remontam, ao menos em termos de positivação, ao direito anglo-saxônico. Em nenhum dos países da *Common Law*, porém, tal direito alcançou a peculiar interpretação que lhe tem sido dada no Brasil.

³⁴ Exemplo disso é o caso do jornalista Pimenta Neves, réu confesso no assassinato de Sandra Gomide, sua colega de profissão: condenado a 19 anos de prisão pelo Tribunal do Júri, decisão essa já confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, aguarda em liberdade o julgamento em virtude de decisão na qual se entendeu pela aplicação do princípio da presunção de inocência a esse caso (STF HC 80719, Rel. Min. Celso de Mello). O crime ocorreu há mais de 10 anos (20/08/2000), não havendo, por ora, perspectiva de conclusão do processo. Como o réu tem mais de 70 anos de idade, o prazo prescricional nesse caso é reduzido pela metade.

instância única, essa ampla gama de recursos oferece a possibilidade de prolongar o tempo de duração do processo além de qualquer medida razoável³⁵, fator que também explica as pífias estatísticas no julgamento de crimes pelo STF.³⁶

Outro aspecto relevante, próprio do processo penal e que acaba tendo especial relevância nesse contexto, é que a demora decorrente do excesso de recursos leva, em muitos casos, à prescrição. Vale observar que embora a prescrição pela pena máxima abstratamente prevista em lei em tese ocorra em prazos mais longos, os prazos prescricionais são regulados, na prática, pela pena aplicada em concreto³⁷, a qual, de acordo com os critérios da jurisprudência brasileira³⁸, muito dificilmente se afasta do mínimo legal. Para ilustrar a questão tome-se como exemplo o crime de corrupção passiva: embora em tese a prescrição somente ocorra em 16 anos³⁹, na prática tal prazo dificilmente ultrapassará os 8 anos, podendo ser de apenas 4 anos, dependendo da circunstância ficar no mínimo legal ou pouco acima disso. Assim ao protelar a conclusão do processo mediante recursos o acusado pode, dependendo do caso, aumentar de forma significativa suas chances de livrar-se do processo pela prescrição, o que ocorre com indesejável frequência.

³⁵ A razoável duração do processo tornou-se princípio constitucional (CF, art. 5º, LXVIII, incluído pela EC 45). Além de seu evidente caráter de regra a assegurar direitos subjetivos ao cidadão, o dispositivo constitucional parece também conter princípio que projeta reflexos sobre todo o sistema, exigindo sua concretização ainda naqueles processos nos quais não haja interesse do particular nesse sentido, tal como pode ocorrer no processo penal. Sobre a possibilidade tanto regras como princípios de um mesmo dispositivo constitucional, v. ALEXY, R., *Teoria de los Derechos Fundamentales*, pp. 135/137. No mesmo sentido e com elucidativos exemplos, ÁVILA, H., *Teoria dos Princípios*, pp. 41/43.

³⁶ v. supra, nota de rodapé 16.

³⁷ CP, art. 110.

³⁸ A respeito dos critérios jurisprudenciais na fixação de penas, v. a crítica de BOSCHI, J. P., *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, pp. 219/221. Os raros casos em que a pena aplicada se distanciou do mínimo, como nas recentes condenações de Daniel Dantas (Operação Satiagraha) pelo crime de corrupção e de Eliane Tranchesi (Daslu) por sonegação tributária, foram objeto de fortes críticas no meio jurídico nacional.

³⁹ A pena prevista para o crime de corrupção é de 2 a 12 anos de reclusão (CP, art. 317), as quais prescrevem, respectivamente, em (CP, art. 109, II).

Na tensão natural entre segurança jurídica e efetividade do processo, a solução não pode ser resolvida de uma forma que esvazie de conteúdo concreto qualquer um desses princípios, sendo necessário que através de ponderações se encontre um ponto de equilíbrio no qual a ambos seja dada a devida relevância. Isso não se dá, por óbvio, em um processo no qual se sabe de antemão que dele resultado prático algum poderá advir.

IV. DEVERES DE PROTEÇÃO, PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA E DIREITO PENAL

Necessário questionar, diante desse quadro, se a falta de atuação de forma minimamente eficiente na investigação, processo e julgamento de crimes representa, a partir de uma perspectiva estritamente jurídica do problema, alguma espécie de omissão relevante por parte do Estado. Haveria, enfim, alguma obrigação *jurídica* de o Estado agir nesses casos? A resposta está nos denominados deveres de proteção estatais, da proibição de proteção deficiente e em suas conexões com o direito penal.

Na sua concepção clássica, os direitos fundamentais correspondiam exclusivamente aos direitos de defesa [*Abwehrrechte*] do indivíduo perante o Estado.⁴⁰ Esse modelo reflete a primeira etapa do constitucionalismo moderno, concretizada no Estado Liberal do século XIX. A primeira geração de direitos fundamentais surge como resultado da luta frente às ameaças provenientes do poder estatal; em face dessa gênese, natural que o conteúdo desses direitos representasse, sobretudo, a garantia de não-intervenção por parte do Estado na esfera de liberdade individual (liberdades negativas). Dentro de uma perspectiva histórica é fácil perceber tal conformação jurídica como reflexo direto dos ideais do liberalismo, então dominantes.

Porém a evolução histórica do constitucionalismo experimentada ao longo do século XX passou a apontar para novas expectativas quanto ao papel do Estado e suas relações com a sociedade. Exigiram-se avanços sobre o modelo liberal, passando o Estado a ter não mais de apenas

⁴⁰ ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 419.

respeitar, mas também de *proteger* os direitos fundamentais.⁴¹ Enquanto para a concretização das liberdades negativas exigia-se apenas a omissão, reconhece-se agora a imprescindibilidade de intervenções estatais em determinadas situações no interesse dos próprios particulares. Surgem assim os chamados direitos a ações positivas do Estado, dentre os quais a categoria mais conhecida é a dos chamados direitos sociais, que correspondem ao direito a prestações materiais (saúde, educação, assistência social, moradia). Os direitos a ações estatais positivas não se restringem, porém, aos direitos sociais.

Outra categoria dos direitos a ações positivas do Estado é a dos chamados direitos de proteção.⁴² De acordo com ALEXY estes seriam os “*direitos do titular de direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros*”.⁴³ Correlatos a esses direitos haveria deveres de proteção do Estado em relação ao cidadão [*Schutzpflicht*]. A concepção básica por trás disso é a de que as violações a direitos fundamentais não partem apenas do Estado, mas também de outros cidadãos. É o que se dá no homicídio, por exemplo. Diante de tal realidade e em virtude do seu monopólio do exercício legítimo da força⁴⁴, decorreria o dever do Estado de proteger os cidadãos face a potenciais agressões de terceiros.

A teoria dos deveres de proteção foi desenvolvida na Alemanha, tendo o Tribunal Constitucional [BVerfG] daquele país se referido expressamente a respeito desse tema em algumas de suas decisões.⁴⁵ Pode-se apontar como *leading case* no reconhecimento dos deveres de proteção

⁴¹ FELDENS, L. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, p. 58.

⁴² ALEXY divide os direitos a ações positivas do Estado [direitos a prestações em sentido amplo] em 3 grupos: a) direitos a proteção; b) direitos a organização e procedimento; c) direitos a prestações em sentido estrito, que correspondem aos clássicos direitos sociais (op. cit., p. 430).

⁴³ ALEXY, op. cit., p. 435.

⁴⁴ De acordo com a clássica lição de MAX WEBER o monopólio *legítimo* da força é o que caracteriza a instituição política denominada Estado (*Economia e Sociedade*, v. 1, p. 34).

⁴⁵ BVerfGE 39, 1 (1ª Decisão do Aborto); BVerfGE 49, 89 (Kalkar); BVerfGE 53, 30 (Mülheim-Karlich); BVerfGE 77, 170 (Depósito Armas Químicas); BVerfGE 88, 203 (2ª Decisão do Aborto).

a chamada 1ª Decisão do Aborto [*Schwangerschaftsabbruch I*], de 1975, onde o BVerfGE afirmou que o Estado teria o dever de proteger a vida do nascituro através da incriminação do aborto.^{46 47} Na fundamentação dessa decisão o Tribunal apontou que o direito de proteção teria como base o próprio direito fundamental ameaçado de lesão, no caso, o direito à vida.⁴⁸ Ainda de acordo com a jurisprudência do BVerfG a escolha dos meios para proteção cabe, em princípio, ao legislador; quando, porém, somente houver um meio eficaz – como no caso da incriminação do aborto para proteção do direito à vida do nascituro – sua escolha se impõe.⁴⁹ Em decisões dadas na década de 90, a Corte chegou a estender o reconhecimento da existência de deveres de proteção a relações de direito privado.⁵⁰

Com efeito, apesar de desenvolvida originalmente em torno do direito à vida e à integridade corporal⁵¹, a teoria pode ser estendida à proteção de outros bens jurídicos, destacadamente aqueles tutelados pelo direito penal. No caso específico de crimes como os de corrupção, con-

⁴⁶ BVerfGE 39, 1.

⁴⁷ No Brasil o tema parece constituir até certo ponto novidade. Porém no recente julgamento sobre células-tronco o voto do Min. GILMAR MENDES faz referência aos deveres de proteção do Estado, citando KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. pp. 155-156 (STF, ADI 3510; apesar de julgada em 29/05/2008 o acórdão ainda não foi publicado; esse voto, porém, está disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>). De acordo com a versão da obra de HESSE traduzida para o português por LUIS AFONSO HECK “Ponto de partida para isso é a compreensão dos direitos fundamentais como princípios objetivos que obrigam o Estado a fazer o possível para realizar direitos fundamentais. Em conformidade com isso, pode resultar diretamente de direitos fundamentais um dever estatal de preservar um bem jurídico de violações e ameaças antijurídicas por outros, sobretudo por privados (...)” (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 278).

⁴⁸ “O dever do Estado de proteger a toda vida humana pode, portanto, ser deduzido diretamente do art. 2, § 2, da Lei Fundamental [direito à vida]. Ele também resulta do art. 1, § 1, da LF [direito à dignidade da pessoa humana]; pois a vida em desenvolvimento está incluída na proteção da dignidade humana garantida pelo art. 1, § 1, da LF.”

⁴⁹ BVerfGE 39, 1. No mesmo sentido, BVerfGE 46, 160 (Schleyer).

⁵⁰ BVerfGE 81, 242 (1990); BVerfGE 89, 214 (1993).

⁵¹ HESSE, K., op. cit., 279.

tra o erário público e nos crimes do colarinho branco em geral, pode-se discutir, pelo fato de nesses casos não haver vítimas específicas, quanto à existência de tais deveres, bem como sobre a imprescindibilidade da sanção penal como meio adequado de tutela.

Quanto à primeira questão, inegável que, em tais casos, a sociedade como um todo é a vítima. Embora não seja possível a individualização das vítimas, direitos fundamentais de todos os cidadãos são em certa medida afetados com a perpetração desses crimes, não havendo sob tal prisma como negar a necessidade de proteção. Por outro lado, a opção prévia do legislador na incriminação dessas condutas constitui relevante indicativo quanto à sua lesividade e da consequente necessidade de uma proteção social efetiva. Nesse ponto vale observar que embora recentemente venham sendo incriminadas condutas de duvidosa lesividade, ampliando os exemplos de direito penal simbólico em nosso sistema, parece difícil questionar com seriedade a gravidade de crimes como corrupção ou desvio de dinheiro público cometidos por políticos. Para efeitos de raciocínio, imagine-se uma lei que “descriminalizasse” tais condutas: seria ela possível, ou, em linguagem jurídica, constitucional? A resposta deve ser negativa. A obrigação do Estado de proteger bens jurídicos como a probidade no exercício de mandatos eletivos e na gestão de recursos públicos⁵² parece indissociável de uma adequada tutela penal, sem a qual restaria substancialmente enfraquecida.⁵³

⁵² ROXIN, C., *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*, pp. 17-18. aponta para a necessidade de proteção de bens jurídicos relacionados à Administração Pública “em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.) sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor”.

⁵³ Embora seja possível discutir quanto à possibilidade de se aplicarem apenas sanções de caráter civil ou administrativo nesses casos, estas parecem não serem suficientes para a adequada proteção dos bens jurídicos em questão. Tome-se como exemplo a prática de

Porém a mera previsão em abstrato de tutela penal não basta. É preciso que ela venha acompanhada de um mínimo de efetividade, o que, como já referido, não tem ocorrido no Brasil, onde a proteção dos bens jurídicos tutelados pelas normas penais que incriminam a corrupção, a apropriação e o desvio de verbas públicas em geral é altamente deficiente. Sob essa perspectiva o problema deve ser analisado à luz da denominada proibição de proteção insuficiente [*Untermaßverbot*],⁵⁴ ideia desenvolvida pelo direito alemão em estreita conexão com os deveres de proteção. Na chamada 2ª Decisão do Aborto,⁵⁵ o BVferGE estabeleceu que embora caiba em princípio ao legislador a escolha do meio para a proteção de direitos fundamentais⁵⁶ esta não pode ser insuficiente, devendo o Estado “*para o cumprimento do seu dever de proteção, adotar, com a devida consideração dos bens jurídicos contrapostos, medidas normativas e fáticas suficientes para conduzir a uma proteção adequada, e como tal eficaz*”.⁵⁷

A proibição de proteção deficiente constitui uma das dimensões do princípio da proporcionalidade⁵⁸, podendo-se dizer que seria a outra face da proibição de excesso [*Übermaßverbot*], permitindo um controle

atos de corrupção, de apropriação ou desvio de verbas públicas: dentro de uma lógica utilitarista, são significativamente menores os riscos assumidos pelo agente público quando sujeito exclusivamente às sanções previstas na Lei 8.429/92 do que quando também sujeito a possibilidade de responsabilização penal. Sobre as restrições quanto à possibilidade de aplicação da lei de improbidade, v. *supra*, p. 8.

⁵⁴ Sobre a proibição de proteção insuficiente no direito alemão, v. MICHAEL, L., *As Três Estruturas de Argumentação do Princípio da Proporcionalidade – para a Dogmática da Proibição de Excesso e de Insuficiência e dos Princípios da Igualdade*, tradução de HECK, L. A., no prelo.

⁵⁵ BVerfGE 88, 203.

⁵⁶ Na Primeira Decisão do Aborto a Corte já havia sido estabelecido isso, ressalvando que quando somente um meio fosse eficaz o legislador teria a obrigação de elegê-lo (BVerfGE 39, 1).

⁵⁷ BVerfGE 88, 203.

⁵⁸ Preferimos aqui a tradicional indicação da proporcionalidade como princípio; não se desconhece, porém, as outras diversas qualificações que lhe tem sido dadas pela doutrina – sobre-princípio, máxima, postulado. Deixamos de lado tal a discussão, por não se inserir dentro dos limites deste ensaio.

também sobre omissões ou ações deficientes do Estado.⁵⁹ Imprescindível segundo isso que a proteção dada pelo Estado, sob a forma legal, seja adequada e proporcional, revestindo-se da necessária eficácia para sua concretização. Tal raciocínio se estende à tutela penal. Dentro de um marco de direito penal mínimo e com o respeito às garantias constitucionais do acusado, o sistema penal tem de ser capaz de dar respostas adequadas e suficientes à proteção dos bens jurídicos que visa a tutelar.

Nessa linha, observo que não apenas o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, mas também a Corte Europeia de Direitos Humanos [CEDH]⁶⁰, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos [CIDH] têm reiteradamente reconhecido omissões do Estado em prestar a devida tutela penal a violações contra direitos fundamentais.

No caso da CIDH merece destaque o caso Maria da Penha⁶¹, onde o Brasil foi denunciado pela sua omissão em punir as agressões sofridas por Maria da Penha Maia Fernandes, mulher que após ter sido agredida durante toda a vida matrimonial foi vítima de tentativa de homicídio pelo seu então marido, que a deixou paraplégica; passados 15 anos do crime as autoridades brasileiras ainda não haviam adotado as medidas necessárias para punir o agressor. A CIDH reconheceu que o Estado brasileiro teria violado seu dever de dar a devida proteção judicial necessária à garantia de direitos, e que essa violação seguiria um padrão de *“tolerância em relação à violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia*

⁵⁹ De acordo com MICHAEL, L., op. cit., embora possua vários pontos em comum com a proibição de excesso, a proibição de proteção deficiente segue uma estrutura de argumentação própria.

⁶⁰ v.g. Caso M.C. X Bulgária (Application n° 39272/98), relativo à falta de efetividade em uma investigação de estupro e a exigência das autoridades locais de que houvesse prova de resistência física nesse caso; Caso Silladin vs. França (Application n° 73316/01), sobre uma imigrante estrangeira oriunda da República do Togo, menor de idade, contratada por cidadãos franceses para trabalhar como doméstica sem pagamento e descanso, em regime semelhante ao de escravidão, no qual as Cortes francesas absolveram os acusados; Caso Teren Aksakal vs. Turquia (Application n° 51967/99), sobre impunidade de fato de agentes estatais condenados por cumplicidade na tortura e subsequente morte de pessoa sob custódia policial.

⁶¹ CIDH, Caso n° 12.051, julgado em 04.04.2001. O caso foi objeto de exame na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

da ação judicial”. Em face disso foi editada a chamada Lei Maria da Penha (Lei nº 10.886/2004), na busca de uma maior efetividade na punição desses crimes.⁶²

V. CONCLUSÕES

Investigação, processo e julgamento criminal de políticos no Brasil são hoje absolutamente ineficientes. A certeza de impunidade, associada à falta de controle pelas urnas e a restrições inclusive quanto à possibilidade de responsabilização por atos de improbidade administrativa são os ingredientes para o atual quadro de completa dissociação entre a ação dos políticos e o interesse público. Não tendo de prestar contas de suas ações senão aos seus próprios pares, os políticos vivem sob uma lógica própria, em um sistema que toma cada vez mais a si mesmo como único referencial.

No entanto o Estado tem um dever de dar uma proteção adequada a bens jurídicos como o erário público e uma administração livre de corrupção, o que exige a prestação de uma justiça penal na qual a impunidade não seja uma certeza.⁶³ A ideia dos deveres de proteção e da conexa proibição de proteção deficiente, reconhecidas pelo Tribunal Constitucional Alemão e, embora sob pontos de vista diferentes, pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, podem ser estendidas a proteção de bens jurídicos como os acima referidos. Deve-se destacar que embora se trate de ações sem vítimas determinadas, a sociedade como um todo acaba por suportar os prejuízos decorrentes de condutas como corrupção, desvio e apropriação de verbas públicas, o que justifica, segundo entendemos, a exigência de uma tutela eficaz por parte do Estado nesses delitos.

Dentro dessa perspectiva, o Estado tem um compromisso com a efetividade da justiça penal para o adequado cumprimento de seus deveres de proteção. Esse compromisso não é apenas do Estado-legislador, mas também do Estado-juiz. Por óbvio que isso não implica redução de

⁶² FELDENS, L., *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, pp. 105/106.

⁶³ A velha lição de BECCARIA é mais que nunca atual: “La certeza di un castigo, benchè moderato, farà sempre una maggiore impressione, che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza della impunità” *Dei Delitti e delle Pene*, Capítulo XX (1764).

garantias ou condenação de inocentes; implica, porém, na adoção das medidas necessárias para que o processo penal não seja um fim em si mesmo, o que se dá quando ele nada mais é que uma sequência de atos sem perspectiva de resultado prático algum senão a própria produção desses atos. Também é necessário não perder de vista que embora o processo constitua instrumento essencial de garantia individual, serve *também* como o meio necessário para que o Estado dê a resposta proporcional, adequada e, principalmente, *necessária*, para a defesa da sociedade naqueles casos onde a sanção penal foi estabelecida como meio único meio suficiente para tanto.⁶⁴

A extinção do foro privilegiado – ou a sua restrição a apenas determinadas autoridades em relação às quais o instituto é ainda até certo ponto justificável, como Presidente e Vice-Presidente da República e Ministros de Estado – constitui medida imprescindível a fim de mudar o quadro de ineficiência do sistema. Outra medida essencial nesse sentido seria a simplificação do sistema recursal. Isso representaria, sem sombra de dúvida, significativo avanço não apenas em relação aos procedimentos criminais envolvendo pessoas com prerrogativa de foro, mas para o processo penal brasileiro em geral. Embora diversas sejam as possíveis propostas no sentido da racionalização do sistema, um processo penal com recurso de apelação [duplo grau de jurisdição] e recursos especial e extraordinário *sem* efeito suspensivo [recursos com finalidade precipuamente objetiva], garantiria tanto o direito de defesa do acusado quanto um mínimo de efetividade a essa espécie de processo.

Finalmente, é necessário que a jurisprudência busque um ponto de equilíbrio entre a efetividade da lei penal e as garantias fundamentais do acusado na aplicação da lei penal, através de uma interpretação que envolva a devida ponderação de *todos* os princípios constitucionais em jogo. Os resultados de uma interpretação que não leve em consideração os princípios colidentes ou torne de alguma forma um princípio absoluto costumam ser desastrosos.

⁶⁴ Partir da compreensão que o direito e processo penal visam única e exclusivamente função garantir os direitos do acusado, implica em negar a função aparentemente óbvia de proteção tanto das vítimas quanto da sociedade como um todo que as normas penais desempenham.

Deve-se destacar que as propostas para melhoria da eficiência da jurisdição penal não se confundem com indevidas ampliações do espectro de aplicação penal, como tem ocorrido com indesejada frequência na incriminação de fatos de pouca lesividade pelo nosso legislador (direito penal simbólico). Em crimes de especial gravidade, como corrupção de altas autoridades, apropriação e desvio de verbas públicas, o sistema tem de ser capaz de dar respostas efetivas e em um tempo razoável.

Isso não implica – como parte da *intelligentsia* jurídica nacional insiste em tentar fazer crer – em supressão de garantias constitucionais ou de direito penal máximo. É possível conciliar efetividade do sistema penal com garantias constitucionais. O discurso que nega a possibilidade de avanço no sentido da efetividade no processo penal busca, em última análise, preservar um quadro no qual o direito de alguns [acusados de colarinho branco] prevalece contra tudo e contra todos; pior ainda é que esse discurso vem normalmente revestido de uma suposta defesa do “Estado Democrático de Direito”. Curiosamente, muitos daqueles que hoje são os seus arautos emergiram na cena pública nacional especificamente no pior período da ditadura; porém ao contrário de reagirem contra os abusos de então, permaneceram em um silêncio no mínimo conivente. É curioso perceber como o liberalismo de hoje serve, na realidade, aos interesses mais conservadores e retrógrados da sociedade brasileira.

É preciso começar a repensar tais questões, sob pena de permanecermos indefinidamente lamentando nossas mazelas, sem percebermos que as soluções existem e são mais simples do que alguns as fazem parecer. Parafraseando William Shakespeare, por vezes a culpa de nossos problemas não está nas estrelas, mas em nós mesmos.⁶⁵

⁶⁵ “The fault, dear Brutus, is not in our stars,
But in ourselves, that we are underlings.”

William Shakespeare, Julius Caesar, Ato I, Cena II

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Malheiros Editores, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2002.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia*. Coimbra Editora, 1997.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. São Paulo: Ed. Vozes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. MIT Press, 1998.

_____. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. Tradução: Luís Afonso Heck.

LOWENSTEIN, K. *Political Power and the Governmental Process*. Phoenix Books, 1965.

LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford University Press, 1995.

MICHAEL, Lothar. *As Três Estruturas de Argumentação do Princípio da Proporcionalidade – para a Dogmática da Proibição de Excesso e de Insuficiência e dos Princípios da Igualdade*. Tradução de Luis Afonso Heck, no prelo.

POPPER, Sir Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Editora Cultrix, 2004.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de Luis Greco.

_____. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de Luis Greco.

_____. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SCHEDLER, Andreas. *The Self Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Lynne Rienner Publishers, 1999.

SMITH, Peter H.. *Democracy in Latin America*., Oxford, 2005.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Brasília: Editora UNB, 1999.

Fontes na Internet:

www.amb.org.br (Associação de Magistrados Brasileiros)

<http://www.bundesverfassungsgericht.de> (Tribunal Constitucional da Alemanha)

<http://www.corteidh.or.cr/> (Corte Interamericana de Direitos Humanos)

<http://congressoemfoco.ig.com.br> (Congresso em Foco)

<http://www.echr.coe.int/> (Corte Europeia de Direitos Humanos)

<http://www.folha.com.br> (Jornal Folha de São Paulo)

<http://www.senado.gov.br> (Senado Federal)

<http://www.stf.jus.br> (Supremo Tribunal Federal)